

Christian Bommarius

Ein Fels in der Brandung

Das Bundesverfassungsgericht und die Grundrechte

Der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erlaubt, ja verlangt die partielle Preisgabe derselben. Das ist die Logik, die nicht erst seit den Anschlägen vom 11. September 2001 die Politik der inneren Sicherheit bestimmt, vielmehr gehört sie zur mentalen Grundausstattung dieser Republik. Schon immer war sie der *basso continuo* der allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung, seit einem Jahrzehnt bestimmt sie auch die Oberstimme der Terrorismusbekämpfung.

Neu ist nicht die Logik, neu ist allein der Widerspruch des Bundesverfassungsgerichts, der ihr seit einiger Zeit entgegenschlägt: „Der Gesetzgeber, auch der verfassungsändernde, hat daher bei Regelung der Gefahrenabwehr – etwa im Bereich der Verbrechensbekämpfung oder der im Wesen nicht anders gearteten Tätigkeit der Geheimdienste – die Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen unter Berücksichtigung des Wertes, den das Grundgesetz den Individualrechten beimisst. Die ‚Staatsraison‘ ist kein unbedingt vorrangiger Wert. Verkehrt der Gesetzgeber die Schranken, so kehrt die ‚Streitbare Demokratie‘ sich gegen sich selbst.“¹ Diese Sätze könnten einer jüngeren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entnommen sein, aber sie stehen im Urteil des Zweiten Senats vom 15. Dezember 1970, genauer im Sondervotum, mit dem die drei Richter Geller, von Schlabrendorff und Rupp damals vergeblich versuchten, den Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) vor seiner Zertrümmerung durch den Gesetzgeber und die Mehrheit des Senats zu bewahren. 33 Jahre später resümierte der ehemalige Bundesverfassungsrichter Jürgen Kühling, das Fernmeldegeheimnis sei als „Totalverlust“ abzuschreiben.²

Am Anfang stand die Staatsraison

Das „Abhörurteil“ über das G-10-Gesetz – das erstmals in der Bundesrepublik ein Grundrecht im Namen der inneren Sicherheit beschränkte – war eine der schwächsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Seine methodischen Mängel sind ebenso offensichtlich wie die Bereitschaft des Senats, mit dem Grundgesetz unter dem Arm zur Seite zu springen, wenn das Wort „Staatsraison“ erschallt. Das Urteil war miserabel, aber folgenschwer. Denn es hat nicht nur dem Fernmeldegeheimnis einen Hieb versetzt, von dem es sich nie mehr erholte, es hat auch für lange Zeit die Rolle des Bundesverfassungsgerichts in der Auseinandersetzung um die innere Sicherheit bestimmt – weniger als Kontrolleur, viel mehr als Kollege des Gesetzgebers. Das große Ringen zwischen Verfassungsrecht und Politik, in dem das Bundesverfassungsgericht immer hartnäckiger die Beachtung der Freiheitsrechte fordert, hat erst später begonnen. Und

¹ BVerfGE 30, 1 (45).

² Kühling, Das Ende der Privatheit, in: Grundrechte-Report 2003, 15 ff. (15).

vermutlich würde dem Gericht die Auseinandersetzung heute leichter fallen, hätte es nicht damals, vor 40 Jahren, der Logik der Politik der inneren Sicherheit seinen Segen erteilt: Der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erlaubt, ja verlangt die partielle Preisgabe derselben.

Das Recht zur Telefonüberwachung hatten seit dem Ende des Weltkriegs die westlichen Siegermächte. Um auch auf diesem Feld für die Bundesrepublik die volle Souveränität zurückzuerlangen, einigten sich 1968 CDU/CSU und SPD in der großen Koalition auf eine bis heute fragwürdige Verfassungsänderung. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses wurde durchbrochen: „Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, dass sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und dass an die Stelle des Rechtswegs die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.“ Das stand offensichtlich im Widerspruch zur Rechtsweg-Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ Deshalb wurde damals vom Gesetzgeber zugleich auch diese Garantie beschränkt: „Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.“ Seitdem kann der Verfassungsschutz heimlich lauschen – ohne richterliche Anordnung und ohne nachträgliche Benachrichtigung der Betroffenen. Kontrolliert wird er lediglich durch einen Ausschuss des Bundestags. So massiv wie dieser Eingriff in das Grundgesetz, so massiv waren die Proteste. Selbst konservative Staatsrechtler wie Günter Dürig warnten vor einer verfassungswidrigen Verfassungsänderung: „Wenn das hält, was wir hier als verfassungswidrige Verfassungsnorm rügen, dann hält dem verfassungsändernden Gesetzgeber gegenüber überhaupt nichts mehr, trotz Art. 79 Abs. 3 GG.“

Aber der Zweite Senat entschied, dieser Teil der Notstandsgesetze sei verfassungsgemäß. Wenn es um den Schutz der Verfassung gehe, hieß es im Abhörurteil, sei es durchaus zulässig, „elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren.“³ Wenn aber derartige „Modifikationen“ nach Ansicht des Senats zulässig sind, kann es sich kaum um „elementare Verfassungsgrundsätze“ handeln. Der Rechtsweg zu den Gerichten, den Art. 19 Abs. 4 GG verspricht, wird beseitigt und der Richter durch ein politisches Gremium ersetzt. Der Eingriff in die Privatsphäre, den die Regelung ermöglicht, ist offensichtlich, er wiegt umso schwerer, als die Betroffenen niemals davon erfahren und sich folglich nicht dagegen wehren können. Tatsächlich „systemimmanent“ ist der Umstand, dass vor allem völlig Unbeteiligte abgehört werden, deren Tat einzig darin besteht zu telefonieren. Und schließlich setzt der Eingriff voraus, was er verhindern will, und erklärt den Notstand zum Normalfall.

Damals haben die drei unterlegenen Verfassungsrichter gewarnt: „Ob der mit der Verfassungsänderung vollzogene erste Schritt auf dem bequemen Weg der Lockerung der bestehenden Bindungen nicht Folgen nach sich zieht, vermag niemand vorauszusehen.“⁴ Das war ein prophetischer Satz. Im Rückblick erweisen sich Gesetz und Urteil als Dammbruch. Fast Jahr für Jahr wurden seitdem die Abhörmöglichkeiten erweitert.

1992 wurde der Polizei erlaubt, zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität nichtöffentliche Gespräche außerhalb der Wohnungen per Lauschangriff abzu hören und aufzuzeichnen. Zwei Jahre später erhielt der Bundesnachrichtendienst

³ BVerfGE 30, 1 (Ls. 5 und S. 25).

⁴ BVerfGE 30, 1 (47).

(BND) die Befugnis, einen elektronischen Staubsauger einzuschalten. Zusammengeschraubt hatte ihn das Verbrechensbekämpfungsgeetz, genauer: die ausufernde Änderung des G-10-Gesetzes. Durfte der BND bisher die strategische Überwachung nur zur Abwehr eines bewaffneten Angriffskrieges ausüben, erweiterte nunmehr der Bundestag die Befugnis auf die Bekämpfung des Terrorismus, des Drogen- und Waffenhandels und der Geldwäsche. Danach darf der BND Gespräche von jedermann aufzeichnen, sobald irgendwelche Begriffe fallen, und das ausgewertete Material an Staatsanwaltschaft, Polizei und andere interessierte Behörden weiterreichen. Abgehört werden also nicht Verdächtige, abgehört werden Unverdächtige, die sich in einem Telefonat bestimmter Vokabeln bedienen. Zugleich wurde die strikte Trennung von Geheimdiensten und Polizei gelockert, das neue G-10-Gesetz verlieh dem BND Sonderrechte zur allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung.

„Meilensteine zur Sicherung der Persönlichkeitsrechte“

Als der Erste Senat im Juli 1999 seine Entscheidung über die „elektronische Rastertafahndung“ verkündete, bezeichnete sie der damalige Bundesbeauftragte für Datenschutz als „Meilenstein zur Sicherung der Persönlichkeitsrechte.“⁵ War sie das? Tatsächlich hatten die Verfassungsrichter den Wert des Fernmeldegeheimnisses betont, hatten – im Anschluss an das Volkszählungsurteil von 1983 – den Gesetzgeber daran erinnert, dass ein Bürger, der damit rechnen müsse, abgehört zu werden, eventuell nicht mehr frei und unbefangen telefoniere, und beschränkten die Datenweitergabe an die Polizei. Im Prinzip aber erteilten sie dem „elektronischen Staubsauger“ die Betriebsgenehmigung und bestätigten – angesichts der Bedrohung deutscher außen- und sicherheitspolitischer Interessen – das Ende der strikten Trennung von Polizei und Geheimdiensten. Das Bundesverfassungsgericht mag seine Entscheidung als Appell an den Gesetzgeber verstanden haben, sich wieder auf die Bedeutung der Freiheitsrechte zu besinnen und seiner Sucht, immer hemmungsloser abzuhören, zu kontrollieren und zu durchsuchen, Einhalt zu gebieten. Aber dafür war der Appell nicht laut genug. Das Urteil, befand damals der schleswig-holsteinische Datenschutzbeauftragte, habe die „grundsätzlichen, rechtsstaatswidrigen Designfehler“ keineswegs beseitigt. Das Gericht hätte schon brüllen, also den Staubsauger aus dem Verkehr ziehen müssen, um sich dem Gesetzgeber verständlich zu machen.

1998 geschah schließlich annähernd das, was die drei Verfasser des Minderheitenvotums im Abhörurteil kaum zu denken gewagt, aber als Horrorvision beschrieben haben: „So könnte Art. 13 GG dahin erweitert werden, dass unter bestimmten Voraussetzungen Haussuchungen ohne Zuziehung des Wohnungsinhabers und dritter Personen vorgenommen und dabei auch Geheimmikrofone unter Ausschluss des Rechtsweges angebracht werden.“⁶ Als hätte sich der Gesetzgeber davon inspirieren lassen, führte er den „Großen Lauschangriff“ ein, also die akustische Wohnraumüberwachung. Damit bekam die Polizei die Befugnis, in Privatwohnungen einzudringen, um dort elektronische Wanzen anzubringen. Das war – aus der Sicht führender Rechts- und Innenpolitiker – der Triumph des Grundrechts auf innere Sicherheit über die Bürger- und Freiheitsrechte. Das Grundrecht auf innere Sicherheit? Die Behauptung eines solchen Grundrechts ist nichts anderes als Staatskunde nach Hobbes, überarbeitet und

5 BVerfGE 100, 313.

6 BVerfGE 30, 1 ff. (46).

neu herausgegeben: der Staat als Aufsichtsbehörde, die als Gegenleistung für den Schutz den Gehorsam der Bürger beansprucht und sie unentwegt beäugt. Doch nicht Hobbes war der Vater des liberalen Verfassungsstaates, sondern Locke. Zwar zahlt der Bürger auch bei ihm mit Gewaltverzicht und Rechtsgehorsam für den staatlichen Schutz, doch zugleich ist er als freier Bürger sicher durch den Staat und sicher vor dem Staat. Sicherheit ist demnach kein Rechtsgut wie die Freiheit, sondern die Bedingung der Möglichkeit von Freiheit.⁷ Den Gegenentwurf zu diesem Freiheits-Begriff lieferte der Große Lauschangriff, der folgerichtig den Schutz der Privatheit als Behinderung der Kriminalitätsbekämpfung betrachtet.

Das Urteil zum Großen Lauschangriff – ein „rechtsstaatlicher Imperativ“?

Am 3. März 2004 hat der Erste Senat dieses Grundrechtsverständnis verworfen. Im Abhörurteil von 1970 hatte sich das Gericht im verfassungsrechtlichen Tiefschlaf befunden. In der Entscheidung über die elektronische Rasterfahndung hatte es sich noch verschlafen die Augen gerieben. Aber im Urteil über den Großen Lauschangriff 2004⁸ artikulierte sich ein endlich waches Bewusstsein vom Wert der Bürger- und Menschenrechte. Der Senat befand, es gebe einen „unantastbaren Kernbereich privater Lebensführung“, den der Staat zu achten habe, es beschränkte den Lauschangriff auf Fälle schwerer und schwerster Kriminalität, es setzte die Anforderungen an seine Anordnung und seinen Vollzug drastisch hinauf, es verbot die Verwanzung ins Blaue hinein, und es verfügte, die Wanze dürfe nur das allerletzte Mittel der Strafverfolgung sein. Vor allem ordnete der Senat scharfe Kontrollen an: Es sei sicherzustellen, dass bestimmte Gespräche gar nicht aufgezeichnet würden, Intimszenen ebenso wie Beratungen mit dem Rechtsanwalt.⁹

Das Urteil wurde damals als „Meilenstein“ und als „rechtsstaatlicher Imperativ“ gefeiert. Tatsächlich hat der Senat vom Großen Lauschangriff nicht sehr viel übrig gelassen, übrig blieb nur – der Große Lauschangriff. Das Urteil war ein „Meilenstein“, insofern es den Abstand zum Abhörurteil weithin sichtbar markiert. Es war auch ein „rechtsstaatlicher Imperativ“, insofern es dem Gesetzgeber unüberhörbar die Weisung erteilte: „Bis hierher und nicht weiter!“ Bis wohin genau? Das Urteil hätte die Chance geboten, nicht nur den weiteren Vormarsch der Sicherheitsdoktrin in das Verfassungsrecht zu verhindern, sondern verloren gegangenes Terrain der Freiheitsgrundrechte zurückzuerobern. Die Argumentation des Senats hätte nahegelegt, den Lauschangriff per se wegen Verletzung des Menschenwürdegehalts des Art. 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) als verfassungswidriges Verfassungsrecht zu verwerfen. Aber dazu konnte sich die Mehrheit des Senats nicht entschließen. Wie schon 34 Jahre zuvor drei Richter des Zweiten Senats beklagten diesmal zwei Richterinnen des Ersten Senats – Hohmann-Dennhardt und Jaeger – das fehlende Verständnis ihrer Kollegen für die Bedeutung der „Ewigkeitsklausel“ (Art. 79 Abs. 3 GG), die dazu bestimmt sei, „schon den Anfängen eines Abbaus von verfassten Grundrechtspositionen zu wehren, die auf rechtsstaatlichen Positionen beruhen oder der Sicherung der Menschenwürde dienen, und nicht erst dort zu greifen, wo der Rechtsstaat gänzlich aufgehoben werden und die Menschenwürde keinerlei Schutz mehr erfahren

7 Hierzu: Frankenberg, Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, 2010.

8 BVerfGE 109, 279.

9 BVerfGE 109, 279 (308 ff.).

soll.“¹⁰ Ausdrücklich beriefen sich die beiden Bundesverfassungsrichterinnen auf die Horrorvision ihrer drei Kollegen und schlossen mit der Warnung: „Wenn aber selbst die persönliche Intimsphäre, manifestiert in den eigenen vier Wänden, kein Tabu mehr ist, vor dem das Sicherheitsbedürfnis Halt zu machen hat, stellt sich auch verfassungsrechtlich die Frage, ob das Menschenbild, das eine solche Vorgehensweise erzeugt, noch einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie entspricht.“¹¹

Martialisch gesprochen, verlangten die beiden Richterinnen einen Gegenangriff des Bundesverfassungsgerichts im Namen des Menschenbilds des Grundgesetzes, aber die Mehrheit des Senats war nur zur Verteidigung entschlossen. Und diese Linie hat der Senat bis heute nicht verlassen.

Bundesverfassungsgericht vs. Präventionsstaat

Am 4. April 2006 verwarf das Bundesverfassungsgericht die Praxis der bundesweit koordinierten Rasterfahndung, also den Abgleich personenbezogener elektronischer Daten.¹² Verboten sei die Rasterfahndung als „bloße Vorfeldmaßnahme“ ohne konkrete Gefahr. Das sei ein unzulässiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Im März 2008 verwarf es die schleswig-holsteinischen und hessischen Regelungen zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen als verfassungswidrig und erklärte sie für nichtig.¹³ Die Gesetze erlaubten „schwer wiegende Eingriffe“ in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Bürger, ohne dass klar sei, weshalb die Daten überhaupt erhoben und abgeglichen werden sollen.

Einen der schwärzesten Tage ihrer sechzigjährigen Geschichte hat die Garantie der Menschenwürde am 15. Januar 2005 erlebt. An diesem Tag trat das Luftsicherheitsgesetz in Kraft, das dem Staat die Tötung von Verbrechensopfern erlaubte, den Abschuss eines von Terroristen entführten, möglicherweise zur Waffe eines Selbstmordattentats umfunktionierten Zivilflugzeugs. Um das Leben anderer Unschuldiger zu retten, sollten Unschuldige geopfert werden, auf Verdacht, weil sie „ohnehin“ in aussichtsloser Lage seien. Damit offenbarte der Gesetzgeber sein radikal verändertes Verständnis von der Menschenwürde – er bezog es von den Terroristen. So wie diese im unterstellten Fall unschuldige Menschen nicht nur zu ihren Opfern machen, sondern zum Teil einer Waffe, die Person zur Sache und das Subjekt zum Objekt erklären, so geschah es auch im Luftsicherheitsgesetz. Der Erste Senat hat im Februar 2006 den Rettungstotschlag verboten und das Luftsicherheitsgesetz teilweise für verfassungswidrig und nichtig erklärt.¹⁴ Mit dem Abschuss würden die Entführungsopter „verdinglicht und zugleich entrechtlicht“.¹⁵ Das sei unter der Geltung der Menschenwürdegarantie „schlechterdings unvorstellbar“ und mit dem „Menschenbild des Grundgesetzes“ nicht zu vereinbaren.¹⁶

Das Menschenbild des Grundgesetzes? Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee hatte es 1949 so bestimmt: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“ Nicht erst mit dem Luftsicherheitsgesetz, sondern seit den Anschlägen vom 11. September 2001 versucht nicht nur

10 BVerfGE 109, 279 (390).

11 BVerfGE 109, 279 (391).

12 BVerfGE 115, 320.

13 BVerfGE 120, 378.

14 BVerfGE 115, 118.

15 BVerfGE 115, 118 (154).

16 BVerfGE 115, 118 (157 f.).

der deutsche Gesetzgeber, die „kopernikanische Wende“ im Staatsverständnis und im Menschenbild zurückzunehmen. An die Stelle der Herrenchiemsee Lösung soll die Devise treten: „Erst müssen die Menschen für den Staat da sein, damit der Staat für die Menschen da sein kann.“ Das ist die Parole des Präventionsstaats.

Optimisten behaupten, diese Parole habe am 27. Februar 2008 an Durchschlagskraft verloren. An diesem Tag hob der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts – zum zweiten Mal nach dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Volkszählungsurteil von 1983¹⁷ – ein neues Grundrecht aus der Taufe.¹⁸ Dieses „Computer-Grundrecht“ stellten die Richter dem Internet-Bürger zur Seite, beschränkten damit den staatlichen Zugriff auf private Computer und Speichermedien, und knüpften die Zulässigkeit der Online-Durchsuchungen an strenge Voraussetzungen. Sie verlangen eine Gefahrenprognose, die auf eine „konkrete Gefahr“ bezogen ist, sie verlangen, dass bei der Auswertung der kopierten Dateien die höchstpersönlichen Dateien sofort gelöscht werden müssen, und sie verlangen die vollständige Unterstellung des staatlichen Zugriffs auf Computer unter Richtervorbehalt.¹⁹ Jedem Satz der Urteilsbegründung ist das Unbehagen anzuspüren, zwar dem Bürger an Freiheit zu geben, was des Bürgers ist, aber auch dem Präventionsstaat glauben geben zu müssen, was des Präventionsstaats ist. Wie beim Großen Lauschangriff fehlte den Richtern der Mut, ihren grundsätzlichen Einwänden gegen die Online-Durchsuchung zu entsprechen und den staatlichen Zugriff auf private Computer zu verwerfen.

Das Urteil zur Vorratsdatenspeicherung

Das gilt noch mehr für das Urteil des Ersten Senats zur Vorratsdatenspeicherung vom 2. März 2010.²⁰ Zwar erklärte er die Vorratsdatenspeicherungs-Regeln des deutschen Telekommunikationsgesetzes für grundgesetzwidrig und nichtig. Zugleich warnte er vor den Gefahren der Vorratsdatenspeicherung, bei der es sich um einen „besonders schweren Eingriff“ in die Rechte der Bürger handele, „mit einer Streubreite, wie sie die Rechtsordnung bisher nicht kennt“; mit den Daten ließen sich „tiefe Einblicke in das soziale Umfeld und die individuellen Aktivitäten eines Bürgers gewinnen.“²¹ Die Warnung vor den Gefahren der Vorratsdatenspeicherung war so überzeugend, dass jedermann erwartet hätte, das Gericht werde sie in toto untersagen. Aber es ergab sich das genaue Gegenteil. Das Gericht brach mit seiner überkommenen Rechtsprechung und erklärte erstmals die Speicherung von Daten auf Vorrat zu noch unbestimmten Zwecken für zulässig, ohne dass es dafür eines konkreten Anlasses oder Verdachts bedarf. Damit brachen sie mit dem im Volkszählungsurteil postulierten Grundsatz, der Bürger sei „gegen die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner Daten“ geschützt. Jetzt hieß es, die Vorratsdatenspeicherung sei jedenfalls nicht „schlechthin“ unzulässig. Der Kursschwenk hatte mit neuen verfassungsrechtlichen Erkenntnissen wenig zu tun, vielmehr mit der verfassungspolitischen Erwägung, damit einem Konflikt mit der Europäischen Union aus dem Weg zu gehen: Eine Richtlinie der EU hatte die Speicherung sämtlicher Telekommunikationsdaten sämtlicher Bürger angeordnet. Der Wunsch des Gerichts,

17 BVerfGE 65, 1.

18 BVerfGE 120, 274.

19 BVerfGE 120, 274 (302 ff.).

20 BVerfGE 125, 260.

21 BVerfGE 125, 260 (282 ff.).

Kein Fazit

Statt eines Fazits: Das Wahrzeichen und die Touristenattraktion Helgolands ist die „Lange Anna“, eine 47 Meter hohe Felsnadel aus porösem roten Buntsandstein. Der 25.000 Tonnen schwere Fels ragt wie ein Monolith im Nordwesten der Insel aus der See, so mächtig wirkt er, als ob ihm Wasser und Winde auch in den nächsten hundert Jahren nichts anhaben könnten. Eine Chimäre. Das beständige Andrängen der See, mehr noch die Sturmfluten der vergangenen Jahrzehnte haben der „Langen Anna“ derart zugesetzt, dass sie einzustürzen droht. Experten versichern, noch sei das Wahrzeichen womöglich zu retten – wenn Sachverstand und guter Wille zusammenkämen, wenn alle Mittel aufgewendet und die Rettung der „Langen Anna“ von den Bürgern Helgolands zum obersten Ziel erklärt werde. Es sei höchste Zeit, warnte vor kurzem ein Fachmann: „Schon eine Sturmflut kann reichen, damit sie zusammenbricht.“